Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

# XXII.

## Vom Finden verlorener, derelinquirter und herrenloser Sachen.

Von Herrn Th. Gimmerthal,
Kreisgerichts-Sekretär in Arnstadt.

Die neuesten Abhandlungen über den ersten Gegenstand sind die von Berth. Delbrück in den Jahrbüchern des gemeinen Rechts Bd. 3 S. 1—54 und von Schütze im prakt. Archiv. N. F. Bd. II. S. 155 ff. S. 293 u. S. 345 ff.

Beide Schriftsteller haben denselben nach allen Seiten und Richtungen hin erörtert, ersterer die civilistische, letzterer vorzugsweise die criminalistische Seite des Verhältnisses.

Die Delbrück'sche Schrift zeichnet sich fast durchweg durch Klarheit der Darstellung und gründliches geschichtliches Studium, die von Schütze durch Markirung der feinen Nüancen und verschwimmend leichten Grenzen zwischen gefundenen und andern, namentlich verlegten und vergessenen Sachen aus.

Wenn ich dennoch diesen Gegenstand hier nochmals aufnehme, so bestimmt mich dazu nicht blos der Umstand, daß meines Erachtens der Begriff des Fundgutes noch immer oscillirt, sondern weil auch der Kernpunkt der ganzen Lehre „wem das Eigenthum an der verlorenen Sache zufällt, wenn der Eigenthümer nicht ermittelt werden kann", von beiden vorgenannten Schriftstellern zwar richtig durch absolute Zutheilung an den Finder entschieden, dagegen von ihnen eine entschieden unrichtige Begründung dieses Eigenthumserwerbes gegeben worden ist.

Daß ich aber daran noch eine Betrachtung über das Finden derelinquirter und herrenloser Sachen anreihe, geschieht in der Absicht, um die im Rechte durchweg so heterogen sich gestaltende Behandlung scheinbar so innig verwandter Gegenstände einmal gleichsam unter einem Rahmen zu zeigen und um darzulegen, daß dieselbe, unbeschadet der Einheit des Begriffs des

Findens, dessen Kriterien für sämmtliche Arten von Sachen dieselben bleiben, außer in der verschiedenen rechtlichen Qualität der Objecte noch in einem subjectiven Momente ihren Grund hat, das bei den herrenlosen Sachen fehlen darf, niemals aber bei verlorenen oder derelinquirten.

## §. 1.

### Begriff des Findens.

Schütze l. c. S. 173 sagt: Finden im juristischen Sinne bedeute: fremdes, verlorenes oder doch für verloren gehaltenes bezw. herrenloses bewegliches Gut sinnlich wahrnehmen und in seine factische Innehabung bringen.

Diese Begriffsbestimmung halte ich für total unrichtig.

Zunächst werden auch unbewegliche Sachen gefunden, wie Inseln im Meere und derelinquirte Grundstücke.[1]) Sodann ist für den Begriff des Findens die rechtliche Qualität der Sache, ob sie eine res in commercio oder extra commercium, und ersten Falles, ob sie eine verlorene oder derelinquirte oder herrenlose ist, ganz gleichgültig; nicht einmal die Eigenschaft einer fremden entscheidet: auch eine eigene wird ge- resp. wiedergefunden, und dieser Act giebt dann neuen Besitz.

Nicht für den Begriff des Findens einer verlorenen Sache, wohl aber für das factische Verhalten und die daraus entspringende rechtliche Stellung des Finders entscheidend ist jedoch dessen Glaube und subjective juristische Reflexion, daß sie eine verlorene sei; denn dieser Glaube bildet die causa movens für die bloße Detention und negotiorum gestio des Finders: es wären daher in der angezogenen Definition anstatt der Worte „oder doch für verloren gehaltenes" die Worte: und jedenfalls richtiger gewesen.

Endlich aber, und dieses ist die Hauptsache, halte ich die Ansichnahme der Sache für eine dem Begriffe des Findens völlig fremde Zuthat, wie denn auch im Alltagsleben unter

---

1) §. 18 I. II, 1, l. 17 §. 3 D. de acquir. rer. domin. 41, 1. l. 1—6 D. pro derel. 41, 7; Thibaut, System 7. Ausg. §. 539.

Finden gewöhnlich nur das bloße Antreffen der Sache verstanden wird. (Schütze S. 173.)

Das Finden ist ein einfacher, elementarer, aber kein zusammengesetzter Begriff; es bildet keinen Act der Besitzergreifung, wie merkwürdigerweise nun seit Jahrhunderten die vulgäre Ansicht geht und neuerdings noch Delbrück l. c. S. 23 behauptet hat. Die Besitzergreifung ist nur eine mögliche, aber keine nothwendige Folge des Findens.

Es erscheint als eine reine Absurdität und heißt den Begriff der Besitzergreifung geradezu auf den Kopf stellen, will man etwas rein Absichtsloses und Zufälliges, wie das Erblicken einer Sache, zu einem Act einer rein absichtlichen Thätigkeit stempeln.

Zwar — das muß zugegeben werden — entsteht durch das bloße Antreffen einer nur verlorenen fremden Sache weder ein Rechtsverhältniß zwischen Finder und Verlierer, noch hat dieser Act für den Finder selbst irgend eine juristische Bedeutung; er legt ihm keine Pflichten auf, verleiht ihm aber auch kein Recht Selbst durch die Vereinigung beider für sich bestehender heterogener Begriffe wird aber nur die objective thatsächliche Basis für ein eigenthümliches Rechtsverhältniß zwischen Finder und Verlierer gewonnen, und zwar für die obligatio der negotiorum gestio.

Das Entscheidende liegt aber neben der rechtlichen Qualität der gefundenen Sache als einer fremden und verlorenen, in dem Glauben des Finders an diese Qualität.

Theils nach der Qualität der Sache allein, theils nach beiden zuletzt hervorgehobenen Momenten bestimmt sich dann auch das Rechtsverhältniß beim Finden aller übrigen nicht verlorenen Sachen; ja es macht jener rechtliche Charakter der gefundenen Sache, wenn letztere herrenlos ist, sogar die nachfolgende Besitzergreifung bedeutungslos.

Finden auch im juristischen Sinne heißt hienach meiner Ansicht nach einfach eine Sache außer Besitz antreffen.

Alleiniges Requisit ist hiebei, daß die augenblickliche Besitzlosigkeit in der Wirklichkeit und nicht bloß in dem Glauben

des Finders bestanden hat.[2]) Unter dieser Voraussetzung aber erscheint Finden bald als ein productiver Rechtsact, Eigenthum vollständig erzeugend und vermittelnd, sofern die gefundene Sache als eine solche res nullius ist, welche als ein der Freiheit der Bewegung oder wenigstens der Widerstandsfähigkeit entbehrendes Naturproduct sich darstellt undsich in noch Niemandes Besitze befunden hat; bald giebt es nur einen Rechtstitel für den Eigenthumserwerb ab, nämlich bei den vom Eigenthümer derelinquirten Sachen; bald ist es endlich nur das factische Motiv für den Finder, die Sache mit oder ohne animus possidendi zu apprehendiren, je nachdem dieselbe eine eigene oder fremde nur verlorene ist.

## §. 2.

### Begriff des Verlierens.

Schütze l. c. S. 159 stellt für den Begriff des Verlierens drei charakteristische Merkmale auf:

a) Die Unabsichtlichkeit des ganzen Vorganges.

b) Das Aufhören der Innehabung.

c) Das Aufhören des Bewußtseins vom Aufenthalte der Sache.[3])

Das Unbewußte des Vorgangs bildet dagegen kein Requisit des Verlierens.

Schütze l. c. nota 8 u. 9 scheint nun anzunehmen, daß das Aufhören des „in conspectu esse" die allgemeine Norm abgebe für den Eintritt des Besitzverlustes, wenn der Verlierer dem Verlustacte beiwohne.

Die dafür angeführten Gesetzesstellen, als §. 14 I. de rer. div. II, 1; l. 5 Dig. de acquir. rer. dom. XLI, 1 (Gaius) beziehen sich aber lediglich nur auf solche Fälle, wo

2) L. 6 Dig. pro derel. XLI, 7 (Julianus lib. 3 ad Ursejum Ferocem).

3) Ausnahmsweise dauerte der Besitz an flüchtigen Sclaven fort, vermöge einer Fiction: l. 13 §. 1 D. de usurp. 41, 3; l. 13, l. 15 D. de poss. 41, 2.

ein Thier das Verlustobject bildet, und auch da gilt jenes nicht ausnahmslos (cfr. §. 3).

Das Geldstück beispielsweise, welches Jemand hinter die Estrade in eine Ritze fallen läßt, der Spielball, den ein Knabe auf den Boden oder in des Nachbars Hof wirft, sind sicher nicht schon dann verloren, sobald diese Sachen nicht mehr in conspectu sind, sondern erst von dem Augenblicke ab, wo das Nachsuchen an diesen Orten ohne Resultat bleibt, obschon sie sich dort noch befinden können: l. 3 §. 13 D. de poss. 41, 2:

„Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus „sub custodia nostra sint, hactenus possideri: id est, „quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci „possimus. Nam pecus simul atque aberraverit, aut „vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus „desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur."

Deshalb dürfte auch das Merkmal sub c. wenigstens in Betreff reiner Mobilien stricter zu formuliren sein, nämlich als: das Aufhören des Bewußtseins vom Ruhepunkte der Sache. Materiell aber dürfte folgendes zu behaupten sein: Wohnt der Verlierer dem Verlustacte bei, so kann die Sache, wenn sie eine Mobilie ist, erst dann für ihn verloren gelten, wenn bei vermißtem corpus, aber zurückgebliebener Kenntniß des Aufenthaltsortes (desselben) im weiteren Sinne die sofortigen Wiederfindungsversuche keinen Erfolg haben.

## §. 3.

### Gegenstand des Verlierens und Findens

bildet Alles, woran eine Detention möglich erscheint, also nicht bloß res in commercio, sondern auch solche extra commercium[4]), nicht blos unbewegliche, sondern auch bewegliche Sachen, insbesondere auch sese moventes, wie Sclaven und Thiere, und

4) Delbrück l. c. S. 21 hält dies nach Vorgang von Jac. Born diss. deinvent. rerum casu amissarum th. 7 e—g für zweifelhaft; allein aus l. 30 §. 1 D. de poss. geht doch hervor, daß an solchen Sachen selbst ein Besitz möglich erscheint, sofern der Detentor jene juristische Eigenschaft der Sache nur nicht kannte Savigny, Recht des Besitzes. 7. Auflage. S. 124 fg.

von letztern nicht bloß zahme, sondern auch künstlich gezähmte.[5]) Dagegen geht das Eigenthum an eingefangenen wilden noch ungezähmten Thieren bei Wiedererlangung ihrer Freiheit, also mit der Einbüßung des Besitzes unter; dieselben können daher niemals gefunden werden (§. 12. I. II. 1)

Zahme Hausthiere gehen verloren, sobald sie aus unserm Gesichtskreise entschwunden oder doch so entfernt von uns bereits sind, daß ihre Wiedererlangung schwierig erscheint[6]); ausgenommen jedoch diejenigen „quae ex consuetudine abire et redire solent." Hier gilt die Innehabung noch nicht mit dem verlorenen Bewußtsein des Aufenthaltes des Thieres für eingebüßt, wir besitzen sie vielmehr so lange, „quamdiu consuetudinem revertendi habent."[7])

## §. 4.

### Rechtliche Stellung des Finders.

Der Finder übernimmt als negotiorum gestor des Eigenthümers der verlorenen Sache deren vorläufige custodia und die Verpflichtung, sie bei der Ermittelung des Eigenthümers resp. früheren Besitzers diesem zu restituiren.

Diese Pflicht zur Aufbewahrung der Sache berechtigt ihn natürlich nicht zur einstweiligen Nutznießung; anderntheils kann er die Sache wegen nothwendiger und nützlicher Auslagen retiniren[8])

Der Anspruch auf Finderlohn galt nach Ulpian in l. 43 §. 9 D. de furtis 47, 2: „Quid ergo, si εὕρετρα, quae „dicunt, petat? Nec hic videtur furtum facere, etsi non „probe petat aliquid" für unanständig, und war deshalb directe Klage darauf versagt; indirect konnte man ihn auch nicht durch Retention erzwingen. Dem Eigenthümer waren

---

5) L. 4, l. 5 §. 4. 5 D. de acqu. rer. dom., l. 3 §. 15. 16 D. de poss. Savigny, Besitz. 7. Aufl. S. 342 ff.

6) L 5 D. 41. 1. Gaius II. 68.

7) §. 16. I. II. 1 l. 5 § 5 D. 41. 1.

8) Glück, Pand. Th 20 S. 85, 69; Delbrück S. 33. A. M. ist Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation S. 20.

anderntheils die Klagen aus dem furtum gegen den dieserhalb die Herausgabe der Sache (widerrechtlich) verweigernden Finder versagt (l. 43 §. 9 cit.).

Das deutsche Recht hat, wie aus den Citaten von Delbrück S. 34 hervorgeht, keine constanten Bestimmungen hierüber. Wo aber heutzutage Particularrechte die Pflicht des Finders, die Sache an die Obrigkeit abzuliefern, statuiren, muß auch jener Anspruch auf Finderlohn cessiren, denn dann paßt die Motivirung nicht mehr (die nicht unbedeutende Verantwortlichkeit des Finders durch das Ansichbehalten der Sache), mit der Delbrück S. 35 diesen Anspruch für das heutige Recht zu stützen sucht.

Der Finder haftet ferner für dolus und culpa lata Zwar meint Delbrück S. 26 unter Bezug auf l. 3 §. 9 D. de neg. gestis (III, 5):

„nam, si affectione coactus, ne bona mea distrahan-
„tur, negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse, do-
„lum duntaxat te praestare“

daß man den Finder nur für dolus verhaftet erklären könne, wenn er von Haus aus auf den eventuellen Erwerb der Sache oder auf Finderlohn verzichte; allein die angezogene Stelle enthält doch offenbar eine doppelte Voraussetzung für diese beschränkte Haftung des neg. gestor, nämlich neben dem totalen Mangel eines egoistischen Interesse des letztern noch den nothwendigen Umstand, daß ohne seine Vermittelung die Existenz der Sache auf dem Spiele gestanden haben würde.

Gegen einen dritten Besitzer steht ferner dem Finder kein Interdict zu: denn er ist immer ein bloßer detentor, auch bleibt und kann Fällen dem Eigenthümer der Sache verantwortlich er in allen sich von seiner einmal begründeten Haftpflicht nicht einmal durch Abgabe der Sache an die Obrigkeit befreien.

Eine Verpflichtung des Finders, den Fund der Obrigkeit anzuzeigen, existirte bei den Römern nicht.

Der öffentliche Anschlag des Fundes (libellum proponere) diente nur zur Abwendung einer möglichen Criminaluntersuchung. (L. 43 §. 8 D. de furtis, 47, 2.) Das deutsche Recht statuirt zwar eine solche Verpflichtung (Delbrück l. c. S. 36),

läßt aber auch eine Privatbekanntmachung in öffentlichen Blättern an deren Stelle zu.[9])

Ueberhaupt lassen sich absolute civilrechtliche Nachtheile im Falle der Verletzung dieser Pflicht schwerlich begründen; die heutigen Criminalgesetzgebungen belegen aber meistentheils die Unterlassung der Anzeige oder öffentlichen Bekanntmachung mit Strafe.

Niemals äußern endlich — und dies ist die am schwersten wiegende Abweichung von der gewöhnlichen Ansicht, wie sie sich aber aus der Begriffsentwickelung im §. 1 ergiebt, — die Thatsachen des Findens und Ansichnehmens einer verlorenen fremden Sache irgend einen rechtlichen Einfluß auf die künftige Gestaltung des neuen Eigenthums (wenn der bisherige dominus nicht ermittelt werden sollte); niemals können dieselben an sich dem Finder ein sachliches, wenn auch nur eventuelles Recht an der gefundenen Sache verschaffen. (Siehe oben §. 1ff.)

## §. 5.

### Eventueller Erwerb des Finders.

Die Rechtsbücher der Römer bieten keinen directen Anhalt für die Frage: wem, wenn der Eigenthümer der Sache nicht ermittelt werden kann, die gefundene Sache zu Eigenthum zufällt; es ist nur aus derselben Stelle Ulpian's, welche den Finderlohn verwirft, gewissermaßen als **argumentatio a minore ad maius** zu folgern, daß eine vom Finder völlig absehende, rein conservative Tendenz auch in dieser Frage geherrscht haben wird.

Eine Verwendung der gefundenen Sache zu öffentlichen Zwecken aber läßt sich um so weniger annehmen, weil die Römer kein Rechtsinstitut besessen haben, durch welches die Herrenlosigkeit einer in Besitz gewesenen gefundenen Sache festgestellt werden konnte, und weil die despotischen Kaiser, welche ähnliche Sachen, wie Schätze, theils geradezu für sich, wie Tacitus (Lib. XVI. Annal. cap. 1) vom Nero erzählt, theils

9) Berger, Oec. jur. II, 2 th. 12. Delbrück, S. 27.

unter der Firma des Fiscus vindicirten, dies doch eben nur in Bezug auf scheinbar völlig herrenlose Sachen, bezüglich deren auch später (nach Gothofredus seit Heliogabalus) eine Anzeigepflicht, ja ein peinliches Verhör des Finders bestand, gethan haben.

Es ist deshalb der Behauptung von Wilh. Sell, Civil. Versuche VI, §. 7. vollständig beizupflichten, daß bei den Römern ein neues Eigenthum an der gefundenen Sache niemals entstanden ist.

Für das ältere deutsche Recht hat Delbrück S. 36 überzeugend nachgewiesen, daß dieses die gefundene Sache bald dem Fiscus, bald den Armen zugetheilt hat. Vereinzelt steht die Ansicht, daß dieselbe dem Bischof gebühre: Klock I. cons. 47, 12.

Ziemlich allgemein findet man zwar in der Wissenschaft schon die Ansicht vertreten, daß die Sache dem Finder gehören solle, aber nur in dem relativen Falle, wenn sie einen geringen Werth hatte.[10]) Der Sachsenspiegel II, 37, §. 3 sieht zuerst von dieser Relativität ab und giebt dem Finder einen, dem Richter aber zwei Theile jeder gefundenen Sache.

Delbrück l. c. hat nun behauptet, daß im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts alle diese Ansichten aufgegeben worden seien und die gemeine Meinung sich dahin festgestellt habe, daß dem Finder und dem Finder allein die gefundene Sache gebühre. Dieser Behauptung vermag man jedoch nicht beizutreten; es läßt sich vielmehr eine Uebereinstimmung der Ansichten auch nicht für eine einzige, noch so kurze Periode nachweisen.

So halten auch Schriftsteller des 17. resp. 18. Jahrhunderts an der Ansicht, daß die gefundene Sache den Armen gebühre, fest, insbesondere außer den von Delbrück S. 17 und 18 selbst angeführten: Vinnius, Carpzov, Lauterbach, Berger, Hoppe, noch die Holländer Groenewegen

10) Vgl. zu den von Delbrück genannten Schriftstellern noch Wesenbecc. nr. 10 ad Dig. 41, 1.

ad §. 39 I. de rer. div. nr. 3. van Leeuwen cons. for. P. I. lib. II. cap. 3 nr. 16. (1685.)

Brunnemann zu l. 43 Dig. XLVII, 2 nr. 6, von welchem Delbrück S. 36. not. 5. behauptet, daß er keine entschiedene Antwort gebe, sagt allerdings nur: „wenn der Eigenthümer nicht aufzufinden sei, so sei er für die Vertheilung an die Armen: cap. ult. C. 14 qu. 5; arg. Authent. „Omnes peregrini“ C. commun. de succ. VI, 59; Molinaeus tract. etc., Covarruvias etc. et Gomez etc.,“ und entscheidet sich dann nur über die weitere Frage, wer die gefundene Sache zu vertheilen habe, ob der Bischof, wie Klock, cons. nr. 12. vol. I. annehme, oder der Finder, zu Gunsten des letztern mit den Worten:

„Electionem tamen providentia divina datam putarem inventori, cui pauperi velit tradere: licet Klock l. c. episcopo rem tradendam esse dicat: quod si verum, vix bona conscientia sibi soli retinere potest inventor, licet pauper sit.“

Von den für die Hauptfrage von Brunnemann angeführten Bezugsstellen ist die erste wohl ein falsches Citat. Die andere Stelle aber, aus einer von den Glossatoren in den Codex aufgenommenen Verordnung des Kaisers Friedrich II. De statutis et consuetudinibus contra libertatem ecclesiae §. Omnes peregrini (10) herrührend, enthält nur eine Strafbestimmung gegen diejenigen hospites, welche sich den Nachlaß der bei ihnen ab intestato verstorbenen peregrini et advenae anmaßen, geht auch von wesentlich andern Voraussetzungen aus und ist bei der Singularität des Falles zu einer analogen Anwendung überhaupt nicht geeignet.

Auch heut zu Tage herrscht noch immer ein Schwanken der Ansichten in Bezug auf unsere Frage (Windscheid, Pand. 2. Aufl. 1867. §. 184, Anm. 7.); es ringen aber nicht mehr die beiden Ansichten, ob dem Finder, oder den Armen die verlorene Sache zufalle, um die Herrschaft — letztere Ansicht, welche überhaupt nur unter dem Einflusse des canonischen Rechts vorübergehende Geltung sich verschafft haben mag, vertritt wohl heut zu Tage Niemand mehr —, sondern es hat das im Laufe

der letztvergangenen Jahrhunderte praktisch in Vergessenheit gerathene römische Princip, daß das Eigenthum an der verlorenen Sache unter allen Umständen dem Eigenthümer verbleibe, gegenüber dem deutschrechtlichen, daß dem Finder eventuell dieselbe gebühre, sich wieder geltend zu machen gesucht.

In der Wissenschaft sind die Ansichten getheilt. Das römische Princip vertreten wichtige Autoritäten, wie Höpfner, Commentar §. 306, Wilh. Sell l. c., Windscheid l. c., das deutschrechtliche Delbrück l. c., Schütze l. c.

Die neueren Particulargesetzgebungen haben wohl ausnahmslos letzteres adoptirt (Delbrück l. c. S. 43); und es läßt sich nicht leugnen, daß bei dem Mangel eines positiven Zeugnisses im römischen Rechte aus praktischen Gründen — siehe hierüber die nachstehenden Erörterungen — dem deutschrechtlichen Principe der Vorzug zu geben sein dürfte.

Gänzlich unrichtig ist dagegen die rechtliche Construction des Eigenthumserwerbes des Finders, wie sie Delbrück S. 39 u. fgd. giebt.

Er läßt nämlich das Eigenthum des frühern Besitzers durch Aufgebot und Präclusion des Richters untergehen und die dann herrenlos gewordene Sache vom Finder occupiren. Dabei soll die Occupation nicht etwa so vor sich gehen, nachdem die Herrenlosigkeit der Sache durch den Richter ausgesprochen worden, sondern indem man dem Finder zur Zeit der Aufnahme der Sache eine doppelte Absicht zuschreibe: entweder die Sache dem Eigenthümer zurückzugeben, falls er zu ermitteln, oder, falls dies nicht möglich, selbst die Sache zu behalten. Nachdem nun die Bedingung der einen Absicht ausgefallen, bleibe nur noch die andere Intention, deren Bedingung eingetreten sei, bestehen; es sei daher ein Erwerb ex tunc vorhanden.

Dieser Ansicht muß nun Folgendes entgegengestellt werden. Dem deutschrechtlichen Institute der Edictalladungen und der richterlichen Handlungen des Aufgebotes und der Präclusion kann nämlich zunächst weder überhaupt, noch in seiner Anwendung auf die concrete Frage die juristische Wirkung beigelegt werden,

daß dadurch das bisherige Eigenthum total aufgelöst und zerstört wird.

„In der Regel," sagt Weber, Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten §. 93, [11]) „darf der mit der Aufforderung zu erreichende Zweck nicht in dem gänzlichen Verluste des Rechts bestehen."

„Ein solch strenger Effect würde weit über das natürliche Recht und die Billigkeit hinausgehen und die Grenzen der Nothwendigkeit überschreiten, auf welche der Gebrauch der Edictalladungen sich beschränken muß." [12])

Wir sehen aber auch ferner, daß wenn diese strenge Wirkung wirklich ausnahmsweise eintritt, demjenigen, zu dessen Gunsten sie eintritt, entweder schon ein wirkliches dingliches Recht an der Sache zusteht, oder doch schon ein eventuelles, beispielsweise auf Erbrecht sich stützendes: der Finder hat aber von Haus aus gar kein Recht an der gefundenen Sache, sondern nur den Besitz und Verwahrsam pro domino, und der Richter kann ihm ebenfalls nicht mehr geben und nicht fingiren, als habe sein Recht schon vor der Edictalladung bestanden.

Ueberhaupt ist die Annahme jener alternativen Absicht des Finders im Momente der Ansichnahme der fremden Sache eine rein willkürliche Supposition Delbrück's, und es wird in der Wirklichkeit ebenso oft vorkommen, daß der Finder die verlorene Sache in der Absicht, sie sich zuzueignen, aufhebt, wie anderntheils jeder vir probus hierbei immer nur als negotiorum gestor sich geriren und die Sache zunächst nur, um den Verlierer ausfindig zu machen und sie einstweilen für ihn aufzubewahren, an sich nehmen wird.

Die Edictalladung kann daher meines Erachtens eine besondere Wirkung auf die rechtliche Gestaltung der Sache überhaupt nicht äußern, wie sie in der Wirklichkeit hier auch nur selten in Anwendung gebracht wird: es genügt vielmehr ein öffentliches Aufgebot (Bekanntmachung) der gewöhnlichen Orts-

---

11) Vgl. auch Hommel, rhaps. obs. 585. Pufendorf, obs. T. III. obs. 86.

12) Haase, über Edictalladungen und Edictalproceß S. 157.

obrigkeit, nicht des Richters, in Verbindung mit dessen Resultatlosigkeit, um die Wahrscheinlichkeit, daß der frühere Eigenthümer nun nicht mehr werde aufgefunden werden, festzustellen und um in dem Finder den Glauben, daß eben deshalb die Sache nunmehr so, wie eine wirklich herrenlose resp. derelinquirte anzusehen sei, die er sich zueignen dürfe, zu erzeugen.

Der Finder erlangt also von diesem Augenblicke ab allerdings eine bonae fidei possessio an der gefundenen Sache, welche durch **Usucapion** zum Eigenthume führt. Man könnte hiergegen einwerfen, jene Wahrscheinlichkeit genüge noch nicht zum Entstehen der bona fides, und jener Glaube des Finders sei ein nicht entschuldbarer Rechtsirrthum, welcher die Usucapion verhindere, auch ermangele ja ein eigentlicher Titel für letztere. Im Hinblick auf die Fruchtlosigkeit des öffentlichen Aufgebotes, sowie im berechtigten Interesse der Gesellschaft, daß die für den Rechtsverkehr sonst völlig verlorene Sache demselben einmal zurückgegeben werde, muß aber von dem fast zum leeren Abstractum gewordenen Rechte des bisherigen Eigenthümers gänzlich abgesehen werden und die verlorene Sache nunmehr überhaupt und in Jedermanns Augen für eine derelinquirte und resp. herrenlose gelten. Der Rechtstitel liegt eben in einer fingirten Dereliction, wie eine solche auch in den Fällen der l. 43 §. 11 D. de furtis XLVII, 2 und der l. 7, pr., 15 §. 21—27 D. de damn. inf. XXXIX, 2 vorkömmt.

Die Usucapion ist der einzig mögliche Erwerbsmodus des Finders, jede Occupation insbesondere als unmöglich zu betrachten, denn occupiren kann Jemand sicher nur eine völlig besitz- und detentionslose Sache, nicht aber eine solche, die in dem Augenblicke, wo er den animus domini faßt, sich schon oder noch in Jemandes Detention befindet, mag es seine eigne, oder die der Obrigkeit, oder die irgend eines andern Dritten sein.

Die Usucapion erscheint um so mehr als der richtige Erwerbsmodus für gefundene Sachen, als dies auch dem materiellen Rechte entspricht, indem es höchst unbillig und ungehörig wäre, dem bisherigen Eigenthümer seine Sache vor längerem

Zeitablaufe zu entziehen und sie schon auf die vielleicht sofort nach dem Funde ausgebrachte Edictalladung hin und nach Ablauf der kurzen Edictalfrist dem Finder als Eigenthum zu überlassen resp. zuzusprechen.

## §. 6.

### Der Erwerb derelinquirter und herrenloser Sachen im Allgemeinen.

Früher, bis in dieses Jahrhundert,[13]) ja bis auf die Neuzeit bestand die Ansicht, die Occupation sei der einzige natürliche Erwerbsmodus für Sachen des originären Erwerbs.

Erst bei Windscheid, Pand. §. 184, begegnet man der Bemerkung, daß die Regel, wonach herrenlose Sachen in das Eigenthum desjenigen fallen, der sie zuerst in Besitz nimmt, keine ausnahmslose sei: allein auch dieses halte ich noch nicht für das Richtige, sondern nur Folgendes:

1. Das Finden bildet den Rechtsgrund des Erwerbs bei res derelictae und führt theils durch Occupation, theils durch Usucapion zum Eigenthume.

2. Dagegen giebt für andere res nullius das Finden regelmäßig Rechtsgrund und Erwerbsmodus zugleich ab, und bedarf es vielfach nicht noch des Hinzutritts eines andern originären oder gar eines positiven Erwerbsmodus.

3. Die Occupation ist nicht das einzige, sondern nur das äußerste und eventuelle Medium des Eigenthumserwerbes bei denjenigen res nullius, die noch in Niemandes Besitze waren.

Der Beweis dieser Thesen liegt klar in den Quellen vor.

---

13) Einert, Diss. praeter occupationem nullum existere modum dominii adquirendi naturalem, Lipsiae 1780.

## §. 7.

### Erwerb derelinquirter Sachen insbesondere.

Paulus (Lib. XV. ad Sabinum) in l. 4. Dig. pro derel. XLI, 7:

Id, quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum sit

und Javolenus (Lib. VII. ex Cassio) in l. 21 §. 1 Dig. de poss. XLI, 2:

Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito.

Beide Juriſten erwähnen hier die Uſucapion ausdrücklich und ganz im Allgemeinen, mithin als einen der Occupation ebenbürtigen Erwerbsmodus von gleich großer, ja vielleicht noch größerer Bedeutung für derelinquirte Sachen. Ebenſo wird derſelben in l. 5. 6. und 7 D. h. t. von Pomponius und Julian gedacht.

Für die Beantwortung der Frage aber: in welchen Fällen ſchließt die Occupation den Erwerb derelinquirter Sachen ab, in welchen erſt die Uſucapion? ſind folgende Vorfragen von hoher Bedeutung:

A. Wer kann überhaupt derelinquiren? Nur der Eigenthümer, wie Stintzing, Bona fides S. 95 ff. und Böcking, Pand. II. §. 146 nota 42 (S. 94) annehmen, oder auch jeder Nichteigenthümer reſp. jeder Beſitzer, wie Delbrück l. c. S. 43 und Fitting im erſten Hefte dieſes 52. Bandes des Archivs S. 25, Anm. 128 behauptet haben?

Ich ſtelle mich nach reiflicher Erwägung entſchieden auf die Seite der Erſteren, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Die Bedeutung des Wortes „derelinquere“ wechſelt bei den in den juſtinianiſchen Rechtsbüchern vorkommenden Autoritäten ab; bald heißt es „den Beſitz“, bald „das Eigenthum preisgeben.“ [13a])

---

13a) L. 9 princ. Dig. quod metus causa, 4. 2 (Ulpian.), l. 64 D. de usufr. acer. 7, 1 (Ulpian.), l. 7 §. 2. l. 15 §. 35. Dig. de damno

„Pro derelicto habere“ dagegen bedeutet niemals nur „possessionem rei derelinquere“, sondern ist der stehende Ausdruck für „das Eigenthum an einer Sache preisgeben durch das Medium der Besitzentäußerung.“ [14])

In allen Stellen des Digestentitels „pro derelicto“ ist nun lediglich von solchen Sachen, „quas quis pro derelicto habuit“ die Rede. Schon hieraus läßt sich wohl entnehmen, daß, wenigstens zur Zeit der classischen Jurisprudenz, die Eigenschaft des Derelinquenten als Eigenthümer der res derelicta eine Voraussetzung jeder usucapio pro derelicto gewesen ist, dagegen die Dereliction eines Nichteigenthümers nur den (verus) titulus einer usucapio pro suo hat abgeben können.

Dieser Gesichtspunkt ist nun aber auch im justinianischen Rechte festgehalten worden, denn in der in §. 47 I. II. 1 gegebenen Begriffsbestimmung des „pro derelicto habere“ ist ausdrücklich und wiederholt nur von dem dominus, qui rem pro derelicto habuit, die Rede.

2) Sind miteinander zu vergleichen: l. 2 und l. 4 Dig. h. t. Beide Stellen rühren von Paulus her, in beiden handelt es sich speciell um die Voraussetzungen für den Erwerb einer derelinquirten Sache. In l. 2 cit.:

„Pro derelicto rem a domino habitam, si sciamus,

---

inf. 39, 2 (Ulpian.), l. 2. Dig. de sent. passis, 48, 23 (Ulpian.), l. 36. Dig. de stipul. serv. 45, 3 (Javolenus), l. 12 Cod. de possess. 7, 32 (Justinian.).

14) L. 15 §. 21 Dig. de damno inf. 39, 2 (Ulpian.), l. 36. D. de stipul. serv. et alienat. 45, 3 (Javolenus), l. 5 D. quae in fraud. credit. 42, 8 (Gaius), l. 2 §. 40 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (Ulpian.), l. 5 Cod. in quib. caus. 7, 34 (Dioclet. et Maxim.), und insbesondere l. 7 §. 2 D. 39, 2 (Ulpian.), wo beide Worte in der hier hervorgehobenen verschiedenen Bedeutung vorkommen. — Gewiß läßt sich „pro derelicto habere“ auch von demjenigen sagen, der im irrthümlichen Glauben, Eigenthümer einer Sache zu sein, den Willen faßt, dieses (vermeintliche) Eigenthum aufzugeben, ja es ist dies seine eigenste Bedeutung, aber darin liegt ja eben die Eigenthümlichkeit, daß es, wie eine Vergleichung der angezogenen Gesetzesstellen ergiebt, lediglich in dieser über sich hinausgehenden Bedeutung in den justinianischen Rechtsbüchern vorkommt.

possumus adquirere. §. 1. Sed Proculus, non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit; Julianus, desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit: et recte wird nun ausdrücklich vom dominus, der wirklich derelinquirt hat, gesprochen und als weiterer Voraussetzung für den neuen Erwerb nur noch der Kenntniß desselben Seitens des Occupanten („si sciamus") gedacht.

Liegen diese drei Voraussetzungen vor, so „possumus adquirere", nämlich, wenn der Besitz hinzutritt.

Dieses vierte Requisit „die Besitzergreifung cum animo domini" wird hier also, wie auch in der l. 4 cit., als bekannt und selbstverständlich von Paulus zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber es wird doch durch das „possumus" darauf hingewiesen.

Wie nun beim Vorhandensein dieser Requisite Schirmer, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 15. S. 218 nota 5 dazu kömmt, das „adquirere" dennoch nicht auf einen Erwerb durch Occupation, sondern durch Usucapion zu beziehen und den im §. 1 nachfolgenden Ausspruch des Proculus — welcher weiter nichts als die Eigenthumsfrage in der Zwischenzeit nach der Dereliction und vor der neuen Besitzergreifung entscheiden will — nur als etwaigen Zweifelsgrund gegen die Redlichkeit des Occupanten aufzufassen, ist geradezu unerfindlich.[15])

Auch in l. 4 cit., wo die Worte „a domino" fehlen, ist dennoch nicht etwa von einem bonae fidei possessor, sondern ebenfalls nur von einem Eigenthümer die Rede. Man be-

15) Ueber die andere hier einschlagende Frage: an, si is, qui rem usucapit, eam postea pro derelicta habeat, res redeat ad veterem dominum, vgl. Cujacius, Observ. et Emend. Liber XXI cap. VIII. pag. 717. Derselbe verneint diese Frage und spricht sich sodann über die Beschaffenheit des dem Occupanten zur Seite stehenden Titels dahin aus: „Legitimus enim est titulus pro derelicto et proximus titulo pro donato: nam qui rem derelinquit, genere quodam eam primo occupanti donat: l. 36 D. de stipul. serv. et alienat. 45, 3, l. 5 D. quae in fraud. credit. 42, 8.

zieht sich für diese Annahme auf l. 1 und l. 5 §. 1 D. h. t., wo jene Worte ebenfalls fehlen und dennoch — „res statim occupantis fit.“

Welchen Sinn aber soll die l. 4 cit. haben, wenn man nicht annimmt, daß dort ein Nichteigenthümer derelinquirt habe? Wohl keinen andern als diesen:

Wirkliche Dereliction Seitens eines wirklichen Eigenthümers, in Verbindung mit bona fides des neuen Besitzerwerbers, verschaffen dennoch diesem letztern noch nicht das sofortige Eigenthum, wenn nicht außerdem seine bona fides sich auf einen guten objectiven Grund stützt.

Zu einem solchen wird aber schlechterdings vorausgesetzt, daß der Occupant den Derelinquenten kennt und folglich den Derelictionsact mitangesehen hat.

Fehlt diese Voraussetzung, hat der Occupant seine bona fides aus andern Umständen geschöpft, dann soll ihm erst die Usucapion das Eigenthum verschaffen.

Die l. 4 cit. enthält somit und wenn man an der specifischen Bedeutung des pro derelicto habere festhält, lediglich eine Modification des in l. 2 cit. gethanen Ausspruchs. Hiermit glaube ich die von mir vertretene Ansicht auch begründet zu haben.

3) Unter allen Umständen aber bedarf die Behauptung Fitting's einer Beschränkung. Derselbe läßt jeden Besitzer pro derelicto usucapiren, ohne Unterschied, ob der Veräußernde bei der Dereliction sich in bona oder in mala fide befunden hat. Der malae fidei derelinquens ist doch aber sicher dem gleichzustellen, „qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit“: also auch ex donatione.[16]) Von einem solchen aber sagen §. 3 I. II, 6 und l. 16 C. de furtis 6, 2, daß er ein furtum begehe. Und nach dem Geiste der Verordnung in Novella 119 c. 7 soll eine solche Sache weder auf den nächsten, noch auf irgend einen Nachfolger des Veräußernden übergehen können, so lange jenes vitium der Sache nicht getilgt ist.[17])

16) Vgl. hierüber auch unten Anmerkung.

17) Puchta, Pand. §. 158. 4. v. Vangerow, Pand. §. 317. 6.

Das materielle Unrecht des m. f. Derelinquenten gegen den Eigenthümer erscheint aber im Verhältniß zu dem m. f. Tradenten noch größer, indem er regelmäßig jenem auch die rei vindicatio unmöglich machen wird.

B. Schließt mala fides im Augenblicke der Occupation deren rechtliche Wirkung aus?

Diese Frage muß unbedingt bejaht werden.

Der Beweis hiefür liegt zunächst in allgemeinen Rechtsprincipien, wobei natürlich von dem rein ethischen Gesichtspunkte, aus welchem malae fidei possessio niemals zum Eigenthume führen kann, hier ganz abzusehen ist. Eigenthumserwerb vollzieht sich nämlich theils mit, theils ohne eine Willensthat des Erwerbers. Wo aber der die Handlung bedingende subjective Wille — die vis agens des ganzen Privatrechts, sagt Jhering, Beiträge zur Lehre vom Besitze S. 30 — die natürliche oder positiv bestimmte Voraussetzung der ersteren bildet, muß sich unter allen Umständen derselbe nicht als ein absolut unvernünftiger darstellen.

Der Wille eines Subjects aber, welches nicht bloß weiß, daß es durch die Aneignung einer Sache einem Andern ein materielles Unrecht zufügt, sondern auch weiß, daß die Rechtsnorm den Eigenthumserwerb der fremden Sache ihm niemals gestattet, so lange diese Qualität der Sache dauert, und dennoch diesen Herrschaftswillen faßt, erscheint nicht allein als ein moralisch verwerflicher, sondern zugleich, da die Rechtsnorm etwas ganz außerhalb der subjectiven Willenssphäre Liegendes ist, als ein absolut unberechtigter und unvernünftiger Wille.

Die Existenz eines solchen Willens verdient daher keinen Anspruch auf Beachtung vom Rechte; er ist als gar nicht gefaßt anzusehen: „nur was vernünftig ist, das ist wirklich.“ [18])

An dieser Unvernunft des Willens an sich wird nun aber gar nichts geändert, mag die dem Willensentschlusse des Occupanten vorangehende mala fides eben desselben objectiv wirklich begründet sein, oder das materielle Hinderniß des Erwerbs

18) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts S. XIX.

nur in seiner Idee vorliegen: in beiden Fällen bleibt sie qualitativ dieselbe.

Wenn für die mala fides des Usucapienten, wo diese auf einem bloßen Irrthume beruht, im römischen Rechte im Allgemeinen andere Grundsätze gelten, so gelten dieselben einmal nicht ausnahmslos, und sodann läßt sich für diese verschiedene Behandlung des ähnlichen Verhältnisses noch ein ganz besonderer Grund anführen.

Wir werden hierauf gleich weiter ausführlich zurückkommen.

Suchen wir aber jetzt für unsere Behauptung, daß die mala fides des Occupanten einer res nullius den Eigenthumserwerb hindere, nach einem positiven Belege, so finden wir denselben klar und deutlich in der bereits oben im Tenor hergesetzten l. 2 Dig. h. t. und den Worten darin „si sciamus — adquirere." Will man „adquirere" nicht auf einen Erwerb durch Occupation beziehen, welcher Fall ließe sich da wohl denken, wo beim Vorhandensein der hier gegebenen Voraussetzungen: 1) Wirkliche Dereliction. 2) Seitens eines wirklichen Eigenthümers. 3) Bona fides des Occupanten — der Erwerb dennoch erst durch Usucapion abgeschlossen werden müßte?

Wenn ferner in l. 43 §. 5 Dig. de furtis XLVII, 2 (Ulpian lib. 41 ad Sabinum) gesagt wird:

> Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiamsi ego animum furandi habuero; nec enim furtum fit, nisi sit, cui fiat: in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium, statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus

so ist damit immer noch kein Eigenthum auf den non fur übertragen; im Gegentheil geht aus andern Stellen, wie l. 32 §. 1 Dig. de usurp. XLI, 3 (Pomponius lib. 32 ad Sabinum):

> Si quis id, quod possidet, non putat, sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem: vel, quia non bona fide videatur possidere, vel quia in jure erranti non procedat usucapio

hervor, daß, solange die irrthümliche mala fides dauert, selbst

durch Usucapion nicht immer neues Eigenthum erlangt werden kann.

Zwar behauptet Windscheid, Pandekten §. 177. 5, mit der Mehrzahl der Schriftsteller unter Berufung auf l. 2 §. 2 Dig. pro emt. XLI, 4 (Paulus ad Sabinum):

> Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor non usucapiet, idemque est et si putet, conditionem exsistere, quae nondum exsistit; similis est enim ei, qui putet, se emisse. Contra, si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum

ganz im Allgemeinen, daß der böse Glaube der Usucapion nicht schade, wenn er auf einer irrigen Annahme beruhe; allein diese Regel ist sicher nicht ohne Ausnahme. Eine solche stellt eben Pomponius in der oben citirten l. 32 §. 1 D. auf.

Schon ein Blick auf die eigenthümliche Fassung „non putat, sibi per leges licere usucapere" weist auf die beschränkte Tragweite des dort gegebenen Ausspruchs und auf die Annahme hin, daß Pomponius sich mit der in l. 2 §. 2 cit. von Sabinus berichteten Ansicht nicht hat in directen Widerspruch setzen wollen.

Ebenso deuten aber die doppelten Motive und deren disjunctive Verbindung mit vel — vel, sowie das „videatur" darauf hin, daß derselbe in das Zutreffende und Zulängliche der Motivirung seines Ausspruchs noch Zweifel gesetzt hat, weshalb ich Schirmer l. c. S. 242 nicht beitreten kann, welcher glaubt, daß die beiden gegebenen Motive sich gegenseitig ergänzen sollen und nur deswegen nicht durch et — et mit einander verknüpft seien, weil sie beide nicht durchweg zusammenträfen. Der Gedankengang des Pomponius, welcher jene materielle Entscheidung, deren Existenz doch wohl Niemand mit Recht bezweifeln kann, herbeigeführt hat, kann meiner Ansicht nach nur dieser gewesen sein:

Rechtsirrthum im Allgemeinen hindert die Usucapion, vorausgesetzt, daß er ein wirklich vorhandener ist. Ein bloß in der Idee des Erwerbers vorhandener Rechtsirrthum hindert dagegen im Allgemeinen die Usucapion nicht, ausgenommen, wenn er

ſich auf die rechtliche Qualität, die Uſucapionsunfähigkeit der Sache bezieht.

Zur Motivirung aber muß Folgendes untergelegt werden:

Sachen, die ein Uſucapionsverbot dem Vermögensverkehr überhaupt entzogen hat, ſind für den Aneignungswillen als gar nicht vorhanden zu betrachten: es fehlt gewiſſermaßen die objective Baſis, an welche dieſer Wille nur anknüpfen kann

Dieſe Fiction, ſowie der innere Widerſpruch [19]) zwiſchen dem Aneignungswillen des Beſitzerwerbers, wenn er dennoch ſtattfindet, und der Möglichkeit des Eintritts des beabſichtigten Rechtsactes müſſen aber als abſolutes Erwerbshinderniß ſelbſt für den Fall gelten, wo das logiſche Band zwiſchen dem Aneignungswillen und dem Rechtsacte nur in den Augen des Erwerbers, nicht aber in der Wirklichkeit fehlt.

Windſcheid l. c. hat zwar der ganzen Stelle deswegen eine beſondere Bedeutung abgeſprochen, weil Pomponius, der überhaupt bei allen ſeinen Ausſprüchen zu viel Gewicht auf das ſubjective Moment lege, mit ſeiner Anſicht allein daſtehe. Dagegen iſt aber zu bemerken, daß auch Ulpian (lib. 42 ad Sabinum) in l. 46 §. 8 D. de furtis XLVII, 2:

> Per contrarium quaeritur: si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit? et ait Pomponius, furtum me facere: verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus

die dort citirte weitere Anſicht des Pomponius adoptirt, daß der nur auf Irrthum beruhende böſe Glaube, ſobald ihm in der Wirklichkeit eine beſondere Intenſivität des Unrechts, nämlich ein Delict gegen den bisherigen Eigenthümer zu Grunde liegen würde, trotz der Einwilligung des letztern in die Aneignung der Sache durch den Andern dieſe Aneignung zu einem furtum ſtempele und ſomit auch die Ausſchließung vom Eigenthumserwerbe durch Uſucapion in ſeiner letzten Wirkung herbeiführe.

Mit den Worten „verum tamen est“ ſtellt ſich auch Ulpian

---

19) Schirmer l. c. S. 239.

noch keineswegs in Gegensatz zu der Ansicht des Pomponius; ja er leitet damit nicht einmal eine Limitation derselben ein, sondern giebt nur eine Erläuterung dazu.

Auch er ist der Ansicht, daß in dem im Anfange des cit. §. 8 besprochenen Falle ein wirkliches furtum vorliege, dagegen nicht in dem am Schlusse dieses Paragraphen gegebenen; aber auch im erstern, sagt er, soll die actio furti ausgeschlossen sein.

Den Grund für diese Ausschließung giebt Ulpian selbst in l. 12 §. 1 D. h. t.: sed nemo de improbitate sua consequitur actionem. Wenn also der Eigenthümer, so ist offenbar der Gedankengang, in Bezug auf denjenigen, dem er seine Sache beispielsweise schenken wollte, nach Ansichnahme der Sache durch letztern erfahren hat, daß dieser mit Nichtkenntniß der Schenkung die Sache an sich genommen habe und diesen Umstand zur Anstellung der actio furti, die auf das Doppelte resp. Vierfache bekanntlich geht, benutzen will, so ist dies ebenfalls ein unredliches Verfahren des Eigenthümers, so daß zwar immer ein furtum des Contrectanten vorliegt, für den Eigenthümer aber nur die condictio oder rei vindicatio übrig bleiben soll.

In dem weiteren Falle aber, wo der Eigenthümer nicht die Sache völlig weggeben, sondern nur deren Gebrauch gestatten wollte, ist nicht einmal ein furtum vorhanden: „ne furti sit obligatus.“ [20])

Weshalb diese Abweichung vom Principe? Hiefür läßt sich kein anderer Grund finden, als, weil Ulpian die furta usus und possessionis überhaupt verwirft, wie solches auch aus l. 55 D. h. t. (lib. III. disputationum): „cum creditor rem sibi pigneratam aufert, non videtur contrectare, sed pignori suo incumbere“ erhellt. Auch Paulus sagt ja schließlich in l. 1 §. 3 D. h. t. (lib. 39 ad Edictum) von der betref-

20) Vielleicht ist durch ein Versehen der Abschreiber bei dem „ne furti sit obligatus“ hinter dem „ne“ ein „quidem“ ausgelassen, wodurch der Unterschied zwischen beiden verwandten Rechtsverhältnissen auch in Bezug auf die concrete Frage noch mehr hervorgehoben sein würde. Aber auch ohne diese Annahme giebt die Stelle den von uns hervorgehobenen unterschiedlichen Sinn.

fenden Eintheilung der furta: „quod lege naturali prohibitum est admittere.“

Ganz dieselbe Frage, ob nämlich der auf Irrthum beruhende böse Glaube den Begriff des furtum aufhebe, hat nun Ulpian in dem Falle der oben bereits citirten l. 43 §. 5 D. h. t. erörtert.

Auch dort handelt es sich, wie hier, nicht bloß um den Erwerb einer res furtiva, sondern das ideelle Unrecht des Besitzerwerbers, wenn nämlich die Dereliction nicht stattgefunden hätte, würde geradezu als ein Delict gegen den unmittelbaren Vorgänger im Besitze sich darstellen.

Die Entscheidung fällt nun dort zwar anders aus, daß nämlich kein furtum vorliegen solle: aber nur, weil kein Subject mehr vorhanden ist, dem es zugefügt werden könnte: „nec enim furtum fit, nisi sit, cui fiat.“

Der Zusatz „in proposito autem nulli fit“ [21]) ist offenbar ein unächtes Einschiebsel, welches mit dem vorhergehenden Gedanken in logischem Zusammenhang überhaupt nicht steht und um so weniger hierher paßt, als die Motivirung des im Anfange der Stelle gethanen Ausspruchs schon vollständig durch die Worte: „nisi sit cui fiat“ gegeben ist. Wo also, ist e contrario aus dieser Stelle zu folgern, wie im Falle der cit. l. 46 §. 8, eine Person wirklich noch vorhanden ist, der ein furtum zugefügt werden kann, soll der bloße böse Glaube, daß der Berechtigte in die Aneignung der Sache nicht einwillige, in Verbindung mit der animo lucri faciendi erfolgten

21) Vergleicht man mit diesem Ausspruche den die Kehrseite des allgemeinen Gedankens wiedergebenden Ausspruch Ulpians in l. 18 D. de poenis 48, 19: „Cogitationis poenam nemo patitur“ so findet sich, daß dem letztern an sich eine allgemeine Bedeutung nicht innewohnt; selbiger bezieht sich vielmehr speciell nur auf die Strafe des Edicts: „quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur“; denn, heißt es in l. 1 §. 2 D. quod quisque iur. II, 2: Haec autem verba: „quod statuerit, qui iurisdictioni praeest“ cum effectu accipimus non verbotenus, et ideo, si quum vellet statuere, prohibitus sit, nec effectum decretum habuit, cessat Edictum. Cujacius, Observ. et Emend. lib. VIII. cap. 22. Gegen die restringirende Auffassung der Stelle aber Bynkershoeck, Observ. lib. III. cap. X.

Besitzergreifung der fremden Sache, auch zum Thatbestande des furtum genügen.[22])

Noch beruft sich Schirmer l. c. S. 218 zum Beweise, daß bei dem Erwerbe durch Occupation auf die bona fides des neuen Erwerbers nichts ankomme, auf l. 9 §. 4 D. de iur. et facti ignor. XXII, 6 (Paulus lib. singul. de iur. et facti ign.):

Qui ignoravit, dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo, tametsi existimet, se a non domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur."

Die Stelle sagt also Folgendes: In Betreff desjenigen Kaufgeschäftes, bei welchem der Käufer aus Irrthum in die mala fides versetzt worden ist, daß der Verkäufer nicht der dominus der ihm verkauften Sache gewesen sei, soll mehr auf die Sache als auf den bösen Glauben des Käufers gesehen werden, und deswegen soll letzterer nichtsdestoweniger sofort Eigenthümer werden, wenn ihm von dem Verkäufer, dem wirklichen Eigenthümer, auch tradirt worden ist.

Hier ist also hauptsächlich der Wille des bisherigen Eigenthümers, sein Eigenthum übertragen zu wollen, entscheidend; dieser Wille neutralisirt gewissermaßen die rechtliche Wirkung der mala fides des Erwerbers.

Derselbe Gedanke liegt der Entscheidung des Pomponius (lib. 32 ad Sabinum) in l. 5 D. h. t. zu Grunde:

Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse, abs te emerim, me usucapturum constat: nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit. Nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est.

Auch hier soll die Unredlichkeit des Käufers gegenüber dem präsumtiven Eigenthumsübertragungswillen des dominus für den neuen Erwerb nicht weiter in Betracht kommen.

Für den einseitigen Erwerb würde daher die von Schir-

22) Anderer Ansicht ist Gaius III, §. 198.

mer angezogene Stelle gar nichts, oder, wie wir annehmen, gerade das Gegentheil von dem, was er behauptet, beweisen.

Wollte man endlich die l. 2 D. h. t. nicht auf einen Erwerb durch Occupation beziehen, so würde sich Paulus eines offenbaren Widerspruchs mit dem in der citirten l. 9 §. 4 Gesagten schuldig gemacht haben.

Aus diesen Ausführungen ergeben sich nun zunächst folgende Sätze:

1. Auf Rechtsirrthum beruhende mala fides hindert die Usucapion nicht, ausgenommen:

a. wenn der Gegenstand des Erwerbs in den Augen des Erwerbers als eine res usucapioni non habilis erscheint,

b. wo die Handlung des bisherigen Eigenthümers, welche den neuen Erwerb begründen sollte, an sich zwar einen genügenden Titel bildet, jedoch die entsprechende Handlung des neuen Erwerbers in den Augen des letztern geradezu als ein furtum gegen den erstern sich darstellt.

2. Nicht auf Rechtsirrthum beruhende mala fides des neuen Erwerbers verhindert die Usucapion ebenfalls nicht, wenn nur der Wille des Eigenthümers auf die Uebertragung der Sache an den malae fidei possessor ging und diesem ein genügender Titel für den Erwerb zur Seite steht.

Nimmt man endlich noch l. 5 §. 1 D. h. t.:

> Quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit: sicuti, cum quis aes sparserit, aut aves amiserit; quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen ejus fierent, cui casus tulerit

in Betracht, wo die gewählten Beispiele an die Hand geben, daß die Occupation nur da sofortiges Eigenthum an einer derelinquirten Sache verschaffen kann,[23]) wo der Occu-

23) Stete Voraussetzung sowohl für das sofortige Eigenthum des Occupanten, eine auch für die usucapio „pro derelicto bleibt der Umstand, daß der Derelinquent wirklicher Eigenthümer der res derelicta gewesen ist.

pant den Derelictionsact mitangesehen hat, so ergibt sich Folgendes als Princip für die römische usucapio pro derelicto:

Sie muß überall eintreten, wo:

1. — und dies bildet den wichtigsten Fall — die res derelicta (in Abwesenheit des Derelinquenten) gefunden worden ist;

2. wo der animus domini des neuen Erwerbers der körperlichen Innehabung aus irgend einem Grunde nachfolgt, jener innere und dieser äußere Moment der Zeit nach in der angegebenen Reihenfolge auseinanderliegen.

3. wo die Besitzergreifung mit einer später sich hebenden mala fides stattgefunden hat.[24])

Zu Punkt 2. und resp. 1. sei hierbei noch Folgendes bemerkt:

Der Grund, weshalb schon die Occupation bei derelinquirten Sachen den Eigenthumserwerb abschließen kann, liegt nicht bloß in der Einheit des Rechtsactes, in der gleichzeitigen Verbindung zwischen der äußern Detention und dem animus domini, sondern in der eben dadurch hervorgerufenen größern Lebendigkeit und Intensivität des Aneignungswillens. Die Sache liegt ja dem Occupanten körperlich vor, derselbe hat den Derelictionsact selbst mitangesehen. Auf diese Weise wird so recht eigentlich eine unmittelbare feste Beziehung zwischen Person und Sache von Haus aus geschaffen.

Kömmt dagegen jener Wille erst allmählich zum Durchbruch, oder wird er erst zu einer Zeit gefaßt, wo die Sache

24) Aber muß, wenn eine Usucapion stattfinden soll, die bona fides nicht allemal beim Beginne (dem Erwerbe) des Besitzes vorhanden sein? Gewiß, in allen Fällen derivativen Erwerbs; bei originären dagegen, wo die Usucapion lediglich zur Begründung eines vollständig neuen, nicht aber zugleich zur Aufhebung des wenigstens formell noch bestehenden entgegenstehenden Rechtes eines Dritten dient, läßt sich kein Grund denken, weshalb nicht bona fides und Besitz zeitlich auseinanderfallen können.

Die sämmtlichen Belegstellen zu diesem Punkte, als l. 7 §. 17 D. de Public. act. (6, 2), l. 10 pr. l. 15 §. 3, l. 48 D. de usurp. (41, 3), l. 2 pr. §. 13, l. 7 §. 4 D. pro emt. (41, 4), beziehen sich auch sämmtlich auf derivativen Erwerb.

sich gerade nicht in seiner Detention befindet, oder, bei Detention, ihm wenigstens körperlich nicht vorliegt, dann ist die Verbindung zwischen Person und Sache noch immer eine lose.

Dann muß eben die Zeit, ein auf die rechtliche Unterwerfung der Sache gerichteter animus possidendi von längerer Dauer, den Mangel der Unität zwischen Besitzergreifung und animus domini und deren besondere Rechtswirkung ersetzen.

## §. 8.

### Erwerb anderer herrenloser Sachen.

Vergleiche hierüber meine Abhandlung in diesem Archive Band LI. N. F. Bd. I. S. 75—79.

In weiterer Ausführung wird folgendes hinzugefügt:

An sich erscheint die Occupation lediglich als die äußere Manifestation, die thatsächliche Geltendmachung des dem Eigenthumserwerber nach der objectiven Rechtsnorm, also in abstracto, bereits zustehenden Zueignungsrechts an einem Naturproducte. Herrenlose Sachen darf eben Jedermann sich zueignen.

Es kann nun nicht bloß diese äußere sichtbare Kundgebung des dem Erwerber verliehenen Rechts, sondern sogar der Eigenthumswille selbst cessiren. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die objective Rechtsnorm einer bestimmten Person das Eigenthum an einer solchen rein herrenlosen Sache verleiht, die nicht erst durch absichtliche menschliche Thätigkeit in einen die Ausübung des Eigenthums daran ermöglichenden Zustand gebracht wird. Hier, wo die von der Natur oder dem Zufall geschaffene Thatsache schon von selbst auf den Eigenthümer hinweist und das Gesetz selbst als der positive Reflex der natürlichen Logik der Umstände erscheint, ist weder das Wissen um die Sache, noch in concreto sich äußernder oder überhaupt nur vorhandener Eigenthumswille des Bedachten, noch endlich die augenblickliche physische Möglichkeit, auf die Sache nach Belieben einzuwirken, zur Entstehung des Eigenthums erforderlich; es ist vielmehr Erzeugung und Erwerb desselben in concreto schon an das äußere Ereigniß, welches die objective Rechtsnorm voraussetzt, geknüpft.

Hier hat eine außermenschliche Macht (Glück, Zufall, Natur) in Bezug auf die Sache bereits zu Gunsten einer bestimmten Person entschieden, und dies Ereigniß kann ebensowenig durch Einwirkung einer dritten Person vereitelt werden, als der Wille des ursprünglichen Erwerbers nur die Macht hat, dasselbe (durch Dereliction) wieder rückgängig zu machen, nicht aber, es in seiner Entstehung zu verhindern.

In Bezug auf solche beneficia und dona, welche durch natürliche Ereignisse Jemandem zufallen, kann der Grundsatz: „beneficia non obtruduntur" nicht Platz greifen.

Was dagegen der Mensch erst lediglich durch seine bewußte besondere Thätigkeit für den Eigenthumsverkehr gewinnen muß, das hat er auch vor fremder Anmaßung zu schützen, und solange noch die physische Möglichkeit, nach Belieben und unbeirrt von äußern Einflüssen auf die Sache einzuwirken, nicht vorliegt, solange deren Apprehension ferner noch irgend ein in der Sache selbst liegendes Hinderniß entgegensteht, dessen Beseitigung besondere menschliche List, Geschicklichkeit oder Kraft erfordert, ist er nicht Eigenthümer geworden, sondern wird dies stets erst durch die vollendete Occupation.

Verdeutlichen wir den gegebenen Gegensatz durch Beispiele.

Edelsteine, die am Meeresufer gefunden werden, Seepflanzen, Muscheln, die vom Boden oder dem Gestein loszulösen sind, vermag jedes Individuum aufzuheben, loszulösen und in seinen Verwahrsam zu bringen; die gefundene Sache selbst leistet dem Finder bei der Ansichnahme nicht den geringsten Widerstand oder wenigstens nicht solchen, den nicht Jedermann leicht überwinden könnte.

Anders aber verhält sich dies bei der Jagd, dem Vogel- und Fischfang, der Beute, die dem Feinde erst abzunehmen ist, u. s. w.[25])

---

25) Auch an Beutestücken, die in dem inländischen Territorium oder auf dem Schlachtfelde gefunden werden, verschafft erst die Occupation das Eigenthum. L. 51 D. de acquir. rer. dom. 41, 1: „Transfugam iure belli recipimus. Et quae res hostiles apud nos sunt, non publicae,

Hier ist es die lebendige Sache oder der Mensch selbst, die der Aneignung Widerstand entgegensetzen, und muß dieser letztere erst durch besondere Vorkehrungen und Thätigkeitsäußerungen des Erwerbers, die wieder besondere individuelle Eigenschaften oder Fertigkeiten voraussetzen, völlig überwunden werden: l. 5 §. 1 und l. 55. D. de acquir. rer. dom. 41, 1. Gerade hier, wo ohne das Medium besonderer individueller Thätigkeit der Zueignungswille dem Widerstande der lebendigen Materie gegenüber völlig ohnmächtig bleibt, vermittelt eben der Besitz erst das Eigenthum, der sonst gar nichts mit diesem gemein hat (l. 12 D. de poss. 41, 2); aber auch hier nicht immer und nothwendig durch den äußern Act der körperlichen Besitzergreifung, sondern auch ohne solche und lediglich als die natürliche Folge und als äußeres Zeichen jenes Siegs des Zueignungswillens über den geleisteten, aber gebrochenen Widerstand der lebendigen Materie.

Auch bei derivativem Erwerb entlehnt die Tradition (der beginnende Besitz) ihre productive Kraft, das Eigenthum auf den neuen Erwerber übergehen zu lassen, erst aus dem Eigenthumsübertragungswillen des Gebers.

§. 40 I. II, 1: — nihil enim tam conveniens est

---

sed occupantis fiunt.“ Diese scheinbare Ausnahme von dem hier vorgetragenen Principe rechtfertigt sich einfach durch den Hinweis, daß die Occupation (und resp. Usucapion) stets nothwendig erscheint, wo der herrenlose Gegenstand kein reines Naturding ist oder sich schon im Besitze befunden hat.

Von den Grundstücken kommen hier nur die Meeresinseln in Betracht, welche als herrenlose Sachen angesehen werden: §. 22 I. II 1, und deshalb auch gefunden werden. Daß dieselben bei den Römern noch der Occupation bedurften, dafür mag der in den Gesetzbüchern unausgesprochene Grund nicht aus dem Privatrechte zu entnehmen, sondern aus der staatlichen Fürsorge hervorgegangen sein, persönliche Conflicte und Gewaltthätigkeiten, welche ohne das äußere Zeichen der Besitzergreifung bei der Unmöglichkeit der Ansichnahme und Verbergung der Sache fortwährend zu befürchten sind, so viel als möglich zu vereiteln. Die insula in flumine nata unterlag dagegen regelmäßig den Grundsätzen über Accession und resp. Alluvion: l. 56 D. 41, 1, und nur ausnahmsweise, wenn die anliegenden Grundstücke agri limitati und nicht arcifinii waren, bedurfte dieselbe noch der Occupation: l. 16 D. 41, 1, l 1 §. 6 D. de flum. 43, 12.

naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.

Es hat also auch hier der auf die Uebertragung des Eigenthums gerichtete Wille des Gebers immer erst den möglichen oder wirklichen dissensus des Empfängers zu beseitigen; allein der nachfolgende Besitzact hat dann doch, was dort nicht der Fall ist, zugleich noch die symbolische und negative Bedeutung, daß damit nun alle Zweifel und unwesentliche Irrthümer, welche bei Abschluß des dem Eigenthumsübertragungsvertrage zum Grunde liegenden resp. vorangegangenen Rechtsgeschäftes sich erhoben hatten, oder sich hätten erheben können, beseitigt sind, und daß alle Bedingungen, welche von der einen oder andern Seite noch hätten gestellt werden können, nunmehr zu spät kommen.

So lange freilich die Besitzergreifung, als das äußere, für die Welt erkennbare Zeichen, daß ich meinen Willen in die Sache gelegt habe, nicht stattgefunden hat, kann mit dem Wollendürfen, wie wir oben gezeigt haben, schon reale Macht verknüpft sein, und jedenfalls begeht auch dann der Dritte, der eine solche Sache occupirt, objectiv betrachtet, einen Eingriff in die fremde Rechtssphäre, aber nicht subjectiv.

Erst die äußere Erkennbarkeit des Wollendürfens einer Person in Bezug auf eine solche res nullius begründet für die Außenwelt die absolute Verpflichtung, sich jeden Eingriffs in dieselbe zu enthalten, und gestaltet diesen Eingriff zum dolus oder zur culpa, die ohnedem mit ihren Folgen nicht eintreten; sie bildet jedoch keineswegs eine materielle Voraussetzung des Eigenthumsrechts des Erwerbers selbst.

Dieses ist vielmehr auch ohne sie fix und fertig, und somit im concreten Falle die Besitzergreifung für die Außenwelt immer nur das äußere Merkmal, daß keine Dereliction dessen, was der glückliche Zufall dem Finder verlieh, stattgefunden hat.